

Clérico, L y Vita, L. **Efectos del litigio en salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. Pgs 219-233. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Efectos del litigio en salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina

Effects of litigation on health and equity: The case of the Province of Buenos Aires, Argentina

Laura Clérico[•] y Leticia Vita^{••}

Resumen

La mayor parte de la bibliografía sobre los efectos del litigio en salud en América Latina entiende que tanto los actores como las prestaciones solicitadas son representativos de los sectores medios y altos de la población, mientras que los sectores bajos y vulnerables quedarían fuera del universo litigante. Sin embargo, recientemente también se ha señalado que estos efectos dependen del contexto concreto en que este litigio se inicia y se ha rescatado la importancia de esta herramienta para garantizar el derecho a la salud de los más vulnerables. Nuestro trabajo busca analizar esta problemática para el caso de Argentina a partir del estudio del litigio en salud en la Provincia de Buenos Aires. Los resultados de este análisis dan cuenta de una confirmación parcial de la tesis de los efectos distorsivos y de líneas jurisprudenciales que pueden habilitar una discusión más robusta sobre el acceso equitativo a la salud.

Palabras claves: litigio; derecho a la salud ; equidad en salud ; efectos distorsivos

Abstract

Most of the literature about right-to-health litigation in Latin America understands that both actors and objects of the litigation are representative of middle and upper classes, while vulnerable population fall outside the litigant universe. However, recently it has also been suggested that these effects depend on the particular national context in which this litigation is initiated. This emphasizes the importance of this tool as guarantee of the right to health of the most vulnerable. Our work seeks to analyze this problem in the case of Argentina and particularly the case of health litigation in the Province of Buenos Aires. The results show a partial confirmation of the thesis of the distortionary effects of health litigation in our countries.

Keywords: litigation; Right to Health ; Equity in Health ; distorting effect

[•] Laura Clérico, Profesora Adjunta de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina; Investigadora del CONICET. Correo: laura.clerico@fau.de

^{••} Leticia Vita, Profesora de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina; Investigadora del CONICET. Correo: ljvita@derecho.uba.ar

Efectos del litigio en salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina

Laura Clérico y Leticia Vita

1. Introducción

Uno de los diagnósticos recurrentes que la bibliografía especializada realiza respecto del litigio en salud en América Latina es el de sus efectos inequitativos o distorsivos. Se ha planteado que el litigio provoca una mayor desigualdad debido a que quienes accionan son generalmente personas de clase media o alta, con una buena cobertura de salud, con un mayor acceso a la información y que a su vez los jueces y juezas que acogen estas demandas tienden a otorgar cualquier tipo de reclamo, incluso aquellos no cubiertos por los programas estatales, sin importar su pertinencia ni su impacto en el presupuesto público para salud (Reveiz, 2013; Ferraz, 2011; Da Silva y Terrazas Vargas, 2011; Yamin, Parra y Gianella, 2011; Vieira y Zucchi, 2007)¹. Este diagnóstico que llamaremos aquí la “tesis del efecto distorsivo” se ha planteado también para el caso argentino (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016) e incluso se podría decir que forma parte del diagnóstico predominante entre los prestadores del servicio de salud en el país².

Sin embargo, existe cierta literatura especializada que plantea que, si bien efectivamente existen contextos, diseños institucionales y tipos de decisiones que hacen previsible que la protección judicial de la salud tenga efectos inequitativos y regresivos, igualmente sería posible identificar otros factores que otorgarían a la protección judicial un potencial redistributivo y democrático (Uprimny y Durán, 2014; Krennerich, 2013; Suárez Franco, 2009). En otras palabras, la tesis del efecto distorsivo podría no cumplirse en todos los casos. Entonces ¿cuáles son los factores que podrían posibilitar este efecto redistributivo e inclusivo?

Esta pregunta es el punto de partida de la presente investigación. Nuestro objetivo es el de constatar si la tesis del efecto distorsivo se aplica al caso de la Provincia de Buenos Aires y si no es así, indagar sobre los factores que hacen esto posible. Elegimos como caso de estudio la Provincia de Buenos Aires por dos motivos: en primer lugar por la heterogeneidad socioeconómica de su población. En Buenos Aires convive un gran porcentaje de población proveniente de hogares humildes como también de sectores de clase media y alta³. En

¹ En particular sobre la relación entre litigio en salud y acceso a la justicia ver Wang y Motta Ferraz, 2013.

² Entrevista a Antonio La Scaleia, presidente de la obra social de la Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.) Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/judicializacion-salud-nueva-enfermedad_0_779922026.html.

³ De acuerdo a la Encuesta Permanente de Hogares, y a la Canasta Básica calculada por el INDEC a febrero 2016.

segundo lugar, porque nos interesa aportar la mirada local a la discusión especializada sobre litigio en salud. La mayor parte de las publicaciones sobre el problema en Argentina parten del análisis de sentencias provenientes de todo el país y especialmente miran los casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia (Cano, 2015; Abramovich y Pautassi, 2008; Bergallo, 2005). Consideramos que si bien este enfoque es importante para comprender el escenario nacional, también lo es incluir una mayor cantidad de estudios de casos regionales y de casos resueltos por tribunales inferiores, debido al particular funcionamiento del sistema de salud argentino en clave federal (Arballo, 2013) y a que los resultados locales no necesariamente tiene por qué seguir los nacionales o los resueltos por las altas cortes.

En esta investigación entonces, nos concentraremos en un análisis cualitativo y cuantitativo respecto del litigio en salud en la provincia de Buenos Aires. No existen datos oficiales respecto de la cantidad total de demandas (generalmente amparos) en materia de salud en la provincia, sin embargo, nos hemos servido de bases de datos publicadas por los propios tribunales (en especial, la Suprema Corte de la Provincia), el Sistema Argentino de Información Jurídica y las revistas jurídicas de divulgación para confeccionar nuestra muestra⁴. Asimismo, nuestro análisis se concentra en los actores, las demandas y las decisiones de estas sentencias, que incluyen tanto a los tribunales de primera instancia, las Cámaras de Apelación y a la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, con algunas menciones a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) exclusivamente sobre causas iniciadas en la Provincia.

Los resultados, veremos, demuestran que el litigio en salud en Argentina *confirma sólo parcialmente* la tesis del efecto distorsivo. Es posible identificar numerosas sentencias, en algunos casos *leading cases*, que tienen como actores personas pertenecientes a grupos vulnerables: mujeres, niños, personas con discapacidad, ancianos⁵. En muchos casos los reclamos no sólo contienen un reclamo individual, sino que pretenden un impacto colectivo

⁴ La muestra se compone de 172 casos resueltos entre 1995 y 2015 que fueron encontrados consultando las bases de datos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (www.scba.gov.ar), la base de datos del Sistema Argentino de Información Jurídica (www.infojus.gob.ar) y la base de datos de La Ley (www.laleyonline.com.ar). En todos los casos se utilizó como criterio de búsqueda la voz “derecho a la salud”, arrojando como resultados cerca de 200 sumarios que fueron filtrados en una base de datos confeccionada al efecto.

⁵ Si bien excede el objetivo de este trabajo, no dejamos de advertir que la jurisprudencia puede ser utilizada como expresión de los problemas fácticos y jurídicos que deben sortear los sujetos titulares del derecho a la salud cuando quieren realizar un ejercicio efectivo del derecho. La importancia de los datos que surge de la jurisprudencia es resaltada como un elemento de juicio para evaluar en general el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia del derecho a la salud, así lo marcó el Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas en las Consideraciones Finales sobre el Tercer Informe Estatal de Argentina: E/C.12/ARG/CO/3, 14.12.2011, párrafos 6 y 7; en especial, cuando observa la falta de inclusión de jurisprudencia sobre derechos sociales.

porque aun habiendo siendo iniciados individualmente, involucran a grupos de afectados o bien buscan la implementación de un programa de salud o una política pública para un colectivo. Existe también una tendencia importante en la jurisprudencia a utilizar una concepción más amplia del derecho a la salud, que incluye sus “condicionantes sociales”.

En lo que sigue presentaremos una breve reseña sobre el funcionamiento del sistema de salud en la provincia y las variables a tener en cuenta para comprender su dinámica y el contexto en el que se juegan los litigios planteados. A continuación, resumiremos los principales resultados de la investigación sobre el litigio en salud en la provincia de Buenos Aires para, finalmente, discutir esos resultados a la luz del debate actual sobre litigio en salud y sus efectos distorsivos y plantear algunas hipótesis sobre los posibles factores que favorecen cierto efecto redistributivo o democrático del litigio en este caso de estudio local.

2. El sistema de salud en la Provincia de Buenos Aires

La salud como derecho cuenta con una robusta protección a nivel provincial, tanto en a nivel constitucional como legislativo. En efecto, la Constitución Provincial, reformada tras la nacional en 1994, supera en muchos aspectos la protección que brinda la Constitución Nacional a la salud. Especialmente en su artículo 36, en el que garantiza a este derecho como uno autónomo. Sin embargo, el funcionamiento real del sistema replica gran parte de los problemas y las contradicciones que el sistema de salud tiene a nivel nacional. Al igual que este, el de Buenos Aires se conforma de tres subsectores: público, privado y de obra social, que debido a la organización federal de gobierno, conviven en la provincia con los subsistemas nacionales. Es decir, podemos hablar de un subsistema público nacional o provincial, uno de obras sociales nacionales o provinciales y de prepagas nacionales o provinciales.

La población de Buenos Aires es de 15.625.084 de habitantes. Según datos oficiales del 2010⁶ casi la mitad (47,7%) cuenta con una cobertura de obra social, cerca del 15% accede a una cobertura de medicina prepaga (un 5% lo hace mediante los aportes de su obra social) y sólo un 1,28% tiene alguna cobertura de planes estatales. Esto significa que el resto, un 35,37%, cuenta únicamente con el subsistema público (nacional o provincial).

El peso del subsistema de obras sociales en la provincia es claro. Su origen es tanto nacional como provincial. Dentro de las obras sociales provinciales la de mayor peso es

⁶ Cuadro P12-P. Provincia de Buenos Aires. Población en viviendas particulares por tipo de cobertura de salud, según sexo y grupo de edad. Año 2010. Disponible en: <http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos.asp>.

I.O.M.A.⁷. Sus beneficiarios se dividen en dos grupos: titulares y voluntarios. En el primer caso se incluye al personal del Estado provincial y de organismos de la Administración Pública, docentes de establecimientos no oficiales comprendidos en la ley 13.688, jubilados y pensionados del Instituto de Previsión social de la Provincia, así como de cualquier otra caja estatal. Los voluntarios pueden ser individuales, colectivos, familiares de afiliados fallecidos, agentes transitorios, funcionarios con cargos electivos, jueces y juezas del Poder Judicial y personal del Estado con licencia sin goce de sueldo. Se incorporó, además, a los ex-combatientes de la guerra de Malvinas con residencia en la provincia. En la actualidad la cantidad total de beneficiarios ronda los 2.000.000⁸.

El subsistema público, por su parte, comprende la red de hospitales provinciales y municipales con sede en la provincia así como también los programas provinciales de salud. Además la provincia cuenta con un Seguro Público de Salud (SPS) creado en 2005 (Báscolo, 2004). Este seguro busca prestar servicio de salud para la “población de escasos recursos y sin otro tipo de cobertura” (art. 2, Ley 13.413) y en la práctica ha ampliado la cobertura real en el subsistema (Yavich, 2013), con una tendencia hacia un modelo sanitario basado en los conceptos esenciales de atención primaria de salud, promoción y prevención (Maceira, 2008; Maceira y Kremer, 2008). Sin embargo, la opción por un seguro público no parece haber fortalecido al sistema público provincial. Como demuestran los datos suministrados por INDEC, más de un 35% de la población cuenta exclusivamente con el sistema público de salud. El SPS ha tenido efectos positivos, pero sigue beneficiando a un porcentaje bajo de la población en comparación con los recursos destinados a la atención gratuita en hospitales y centros regionales de atención.

Finalmente, una última variable que hay que tener en cuenta para comprender la dinámica del sistema de salud provincial es el proceso de descentralización al que fueron sometidos los servicios de salud del primer nivel (centros de atención primaria de la salud-CAPS) hacia los municipios. Si bien se trata de un proceso que tuvo un impacto positivo sobre la atención primaria a nivel nacional, existen diversos estudios que demuestran que esta reforma tuvo especiales consecuencias negativas en materia de equidad en la región. Esto es, la inequidad se presenta entre municipios de la provincia a raíz de las disparidades en los

⁷ El Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, a diferencia de otros, ofrece un link donde se puede consultar la legislación provincial y nacional en la materia (<http://www.ms.gba.gov.ar/legislacion-en-salud/>).

⁸ La Scaleia A, Conferencia pronunciada en las Jornadas “Presente y futuro de las obras sociales provinciales”, Asociación de Magistrados del Departamento Judicial de La Matanza. Disponible en: http://www.ioma.gba.gov.ar/archivos/futuro_obras_sociales.html.

niveles de gasto público en salud por habitante sin cobertura, que perjudica especialmente a residentes de los municipios del conurbano (Lago, 2013, 2012; Chiara, 2009).

3. El litigio en salud ante los Tribunales provinciales y la CSJN

Los resultados del relevamiento de la jurisprudencia de los Juzgados de primera instancia, Cámaras de Apelaciones, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y algunos casos de la CSJN, pueden ser leídos desde distintos ángulos: el objeto del reclamo, el perfil del demandado o el perfil del demandante.

Desde el punto de vista de qué es lo que se reclama, el primer puesto lo ocupan tanto los tratamientos como la entrega de medicamentos. En lo que refiere a los medicamentos, la mayor parte de los reclamos los solicita para el tratamiento de distintos tipos de cáncer⁹ o del HIV¹⁰. Es decir, enfermedades cuyas prestaciones se encuentran incluidas dentro del Plan Médico Obligatorio y que por lo tanto están garantizadas por la ley. En sólo un caso encontramos la solitud de un medicamento de alto costo para una enfermedad de baja incidencia¹¹. En esta misma línea, además de tratamientos específicos y de medicamentos, encontramos demandas que solicitan objetos como audífonos y sillas de rueda y prótesis de distinto tipo¹².

El segundo lugar lo ocupan un buen número de reclamos que se encuentran ligados de una manera u otra a los llamados “condicionantes sociales de la salud”. Es decir, se parte del hecho de que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden acceder a salud, incluyendo la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a

⁹ Por ejemplo: “A.B.M. c/I.O.M.A.”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata, 20/02/2004; “García, Juan Adolfo c/ Medicus S.A.”, Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, 26/03/2008; “Beccaceci, Mónica Noemi c/ MANO SALUD S.A. s/amparo”, Cámara de Apelaciones de Morón, 21/03/2006 y “Alba Eduardo Vicente c/O.S.P.R.E.R.A. s/amparo”, Cámara de Apelación de San Nicolás, 19/6/2007.

¹⁰ Por ejemplo: “G., E. L. c/ I.O.M.A.”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata, 06/09/2004; “B., G. S. c/I.O.M.A.”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata, 12/12/2005; “P., C. H. c/P. d. B. A. y o. s/Demanda contencioso administrativa”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 22/08/2012.

¹¹ “A., A. A. c/ M. S. d. A. M. y C. s/ Amparo”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19/02/2015.

¹² Por ejemplo en: “González de Ricci, María Cristina c/I.O.M.A.”, Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 12/04/2007; “Divita, Virginia Daniela c/I.O.M.A. s/amparo”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, octubre de 2010; “H., E. c. Instituto de Obra Médico Asistencial”, Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, 22/12/2008 y “Ferrari, María L. c. Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.)”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo de San Martín, 18/06/2004.

condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano¹³.

Así, en algunos casos se obliga al Estado a garantizar, no sólo la cobertura en materia de salud de una persona o un grupo familiar, sino también a atender su situación de emergencia habitacional y su falta de ingresos mensuales¹⁴. También se ha planteado la relación del acceso a una vivienda como condición de accesibilidad física a los establecimientos de salud pertinentes¹⁵ y se han ponderado las condiciones socioeconómicas de una familia para protegerla en su contexto de alta vulnerabilidad y exposición a una epidemia como la del hantavirus¹⁶.

En todos estos casos lo que se destaca es el detallado relato que se encuentra en las sentencias del estado de vulnerabilidad de los individuos o familias y la explícita relación de esta situación con el acceso a la salud. En ese mismo sentido no podemos dejar de mencionar ciertos casos de la CSJN, sobre todo cercanos a la crisis de diciembre del 2001 en los que se plantea el derecho a la alimentación en conexión con el de salud. Nos referimos a las sentencias en “Ramos”¹⁷, “Rodríguez”¹⁸, “Quiñone”¹⁹ y “Esquivel”²⁰, todas familias que habitaban la Provincia de Buenos Aires.

La conexión entre el acceso a salud y sus condicionantes sociales aparece también en numerosos casos que se plantean respecto de la contaminación del medio ambiente por construcción de obras²¹ o por la actividad de industrias²². También se destacan varios casos

¹³ Observación General Nro. 14 del Comité de DESC de Naciones Unidas. Ver Lema Añón, 2009; Berlinguer, 2007.

¹⁴ “A., G. C. c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otra s/amparo”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, La Plata, 03/2011; “M. A. C. c/ Provincia de Buenos Aires”, Juzgado Contencioso Administrativo N°1, La Plata, 05/2006; “R., J. O. c/Municipalidad de San Fernando s/amparo”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, San Martín, 12/2010; “Correa, Sandra Dolores c/Ministerio de Infraestructura viv. y serv. s/ amparo”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, La Plata, 11/2011; “Duarte, Iris Paola c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo”, Juzgado Contencioso Administrativo N°1, La Plata, 12/2008; “A., G.C. Amparo. R.E.N.-R.I.L.”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 30/10/2013.

¹⁵ Por ejemplo en “M. A. C. c/ Prov. De Bs As.”, Juzgado Contencioso Administrativo N°1, La Plata, 5-2006.

¹⁶ “García, Juan C. y otra c/Municipalidad de Zárate”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo Nro. 1, Zárate-Campana, 28-5-2004.

¹⁷ CSJN, “Ramos, Marta R. y otros c/Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros”, 12/03/2002.

¹⁸ CSJN, “Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo”, 7/3/2006.

¹⁹ CSJN, “Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo”, 11/07/06.

²⁰ CSJN, “Esquivel, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, 07/03/2006.

²¹ “Carrasco, Juan A. y otros c. Delegación Puerto Paraná Inferior, Dirección Provincial de Actividades Portuarias y otros”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo, San Nicolás, 16/06/2004; “Guzmán, Juan José c/ Telecom Personal S.A. y Otra s/ Interdicto de obra nueva”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/05/2014.

²² “Fundación Ecosur, Ecología, Cultura y Educación para los Pueblos del Sur c/Municipalidad de Vicente López y otro s/Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 28/12/2010.

sobre el acceso al agua potable como condicionante social de la salud. En algunos, la Corte Provincial ha condenado a un municipio de la provincia a ajustar la prestación del servicio de agua a los parámetros de calidad legalmente establecidos²³, en otros, se ordena a la concesionaria que presta el servicio a adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario²⁴.

Marginalmente encontramos algunos casos vinculados a la prevención de la afectación de la salud por condicionantes sociales, como ser uno en el que se ordena la reparación de una ruta provincial a fin de prevenir accidentes automovilísticos²⁵ u otro donde se dispone de oficio una medida para restringir la promoción de apuestas y juegos de azar por parte del Estado provincial, destacando su vinculación con la promoción de la salud en la provincia²⁶.

Finalmente, y en la misma línea de reclamos que contemplan la relación entre condicionantes sociales y acceso a la salud aparecen una interesante serie de planteos en los que se ponen en discusión algunas de las fallas estructurales del sistema de salud en la Provincia: casos en los que se discute el estado de los hospitales públicos, ya sea porque se reclama la mejora de sus condiciones edilicias²⁷ o se solicita el nombramiento de médicos/as y enfermeros/as en un hospital pediátrico de la provincia²⁸, o bien se pide la suspensión de un servicio de rayos hasta tanto se cumpla con las medidas de seguridad para el personal del hospital y los pacientes²⁹.

Un rasgo en común de muchos de estos planteos judiciales es que no necesariamente responden al rasgo individualista que predominaría según la tesis del efecto distorsivo. En efecto, muchos de ellos, sin llegar a ser planteos de litigio estructural, presentan un reclamo

²³ “Boragina, Juan Carlos, Miano, Marcelo Fabián y Iudica, Juan Ignacio c/ Municipalidad de Junín. Amparo”, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 15/07/2009.

²⁴ “Conde, Alberto J.L. c/ Aguas Bonaerenses S.A. (A.B.S.A.). Amparo -Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 11/2011. En el mismo sentido “Florit, Carlos Ariel y otro c/Provincia de Buenos Aires y Aguas Bonaerenses S.A. (A.B.S.A. S.A.). s/Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, La Plata, 04/2011.

²⁵ “O., H. G. c/Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires y otros”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1, Mercedes, 10-8-2009.

²⁶ “Juzgado de Faltas Nro. 2, Defensa del Consumidor, La Plata, 04/05/2010.

²⁷ “Gutiérrez Griselda Margarita y otro/a c/ Hospital Zonal A. Korn y otro/a”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, La Plata, 09/2010.

²⁸ “Gaviot, María Cecilia y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1, La Plata, 29/5/2008.

²⁹ “Espolsin, Miryam E. y otros c. Hospital Bocalandro y otra”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo de San Martín, 14/06/2004.

que excede el problema de una persona o familia concreta y que solicita una respuesta de tipo general por parte del Estado³⁰.

En tercer lugar por cantidad de reclamos según su objeto aparecen los casos que plantean cuestiones vinculadas a la afiliación a una obra social o a una empresa de medicina prepaga. En la mayor parte de estos reclamos se discute sobre los periodos de carencia antes de solicitar una prestación³¹ o bien el pedido de incorporación del cónyuge o del conviviente en paridad con el actor³².

En cuarto lugar encontramos un grupo de sentencias que tienen en común el planteo de un reclamo por falta de ejecución de ciertos programas provinciales de salud. Por ejemplo, respecto del sistema provincial de hemoterapia, que después de más de ocho años no había sido implementado por la provincia³³; el programa Provincial por Déficit de Hormona de Crecimiento³⁴, que habiendo sido implementado, había suspendido sin más la entrega de los medicamentos correspondientes en 2007 o bien la prestación de medicamentos en el marco del programa provincial “PROFE”³⁵ que tiene como meta –entre otras– garantizar el acceso al derecho a la salud de las personas con discapacidad. Lo interesante de este grupo de casos es que, al igual que en algunos de los que discutían condicionantes sociales de la salud, no siempre se trata de demandas individuales que solicitan la implementación del programa provincial para una persona en concreto. En algunos de ellos encontramos un planteo más general acerca de la falta de cumplimiento de la Provincia y la consiguiente afectación de la salud de su población.

³⁰ “Asociación Civil Creciendo c. Ministerio de Salud”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1, La Plata, 14/05/2007; “Florit, Carlos Ariel y otro c/Provincia de Buenos Aires y Aguas Bonaerenses S.A. (A.B.S.A. S.A.). s/Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, La Plata, 04/2011; “Asesoría N°1 c. Fiscalía de Estado - Pcia. de Buenos Aires s/ Art. 250 del CPCC”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 30/09/2014.

³¹ Por ejemplo en “González Bonorino M. c/Ministerio de Salud – I.O.M.A. s/amparo”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, Mar del Plata, 06/2012; “Benigni Maria Luisa c/I.O.M.A. s/amparo”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, La Plata, 10/2011.

³² “S.L.N. c/I.O.M.A.”, Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 12/03/2002; “M, A. G. c. Instituto de Obra Médico Asistencial”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, La Plata, 26/11/2004 y “Benítez Roque c/I.O.M.A.”, Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 12/9/2005.

³³ “Fundación Hematológica Sarmiento c/Instituto de Hemoterapia de la Provincia de Buenos Aires. Hospital Interzonal Especializado s/Amparo”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 03/2005.

³⁴ “Asociación Civil Creciendo c/Ministerio de Salud”, Juzgado Contencioso Administrativo de La Plata, Nro. 1, 05/02/2010.

³⁵ Por ejemplo en “Ramírez Susana c/Ministerio de Salud y otro/a s. amparo”, Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 12/2012. También en CSJN, “González Fabiana Lucía”, 26/06/2012 y CSJN, “Insfrán, Alberto - en representación de su hija P. M. I. F. - /c PROFEBA Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires”, 11/09/2012.

Finalmente, podríamos hablar de un quinto grupo de casos de objetos relacionados con la salud reproductiva. Algunos en los que se solicita la prestación de algún tratamiento de inseminación artificial, todos iniciados antes de la sanción y posterior reglamentación de la Ley N° 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, un caso en donde se solicita un permiso de aborto de un feto anencefálico³⁶ y dos, anteriores a la sanción de la Ley nacional 26.130 de anticoncepción quirúrgica, en los que mujeres de muy escasos recursos solicitan una ligadura de trompas. En un caso de los analizados se menciona, sin problematizarlo, el hecho de que una mujer ha sufrido consecuencias graves en su salud a partir de haber recibido un aborto clandestino³⁷. Ni en estos, ni en otros casos encontramos una aproximación al derecho a la salud desde una perspectiva de género.

Resta mencionar que los casos en los que el objeto del reclamo sobre salud es la no intervención del Estado conforman la minoría: por ejemplo, un planteo sobre transfusión de sangre en niños pertenecientes a una confesión religiosa que la prohíbe³⁸, otro en el que los padres de un niño en la primera infancia se niegan a que su hijo sea vacunado³⁹ y otro en donde una mujer de 84 años solicita se respete su derecho de muerte digna⁴⁰.

Ahora bien, en lo que respecta al perfil de los demandados el resultado más destacable de la investigación es que el principal demandado es I.O.M.A. En mucha menor medida aparecen otras obras sociales, mutuales o empresas de medicina prepaga. Detrás de I.O.M.A., ocupa el segundo lugar el Estado provincial o los municipios, la mayor parte de las veces demandados concurrentemente. Se puede identificar como una regla jurisprudencial el que ante la gravedad del diagnóstico de la enfermedad o estado de necesidad de la persona y de la urgencia con que se requiere la prestación, esta heterogeneidad de los sujetos estatales obligados no tiene peso alguno: responde el prestador que en el contexto es el más eficaz, por lo general, quien estaba realizando la prestación y amenaza con interrumpirla. Es decir la complejidad del sistema no sirve de excusa para que el prestado, cualquiera que sea, incumpla en el caso concreto. Una lectura transversal de esta jurisprudencia advierte que no es la persona afectada quien debe cargar con la falta de coordinación eficaz de los subsistemas.

³⁶ “Parisotti, Fátima Viviana s/Amparo”, Suprema Corte de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 05/05/2004.

³⁷ “N. d. Z., M. V. c/F. S. S. p. I. F. s/Reclamo contra actos de particulares”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 8-8-2007.

³⁸ “Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)”, Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 09/05/2005.

³⁹ CSJN, “N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas”, 12/06/2012; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 6/10/2011.

⁴⁰ “B., I. N. Causa n° 4033”, Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, 3-10.2014.

Uno de los resultados más interesantes de esta investigación es lo que respecta al perfil de los demandantes. Al contrario de lo que postula la tesis del efecto distorsivo, el perfil que predomina no es el de personas de altos recursos. En efecto, en numerosos casos las sentencias destacan la situación de vulnerabilidad económica de los actores⁴¹. Como señalamos al principio, la mayor parte de los actores son afiliados a I.O.M.A., es decir, son en su mayoría empleados de la provincia, lo que implica una variedad enorme de perfiles. Gran parte de los demandantes pertenecen a sectores vulnerables: ancianos, niños, personas con discapacidad, mujeres o personas de escasos recursos. El demandante contra I.O.M.A. ni es una persona de muchos recursos ni demanda tratamientos costosos o de alta tecnología. Como dijimos, la mayor parte de los objetos requeridos son prestaciones sencillas, garantizadas en su mayor parte por la legislación vigente.

4. Conclusiones: efectos distorsivos y equidad en un caso local

La pregunta principal de esta investigación es la de si la tesis del efecto distorsivo se puede aplicar también al caso de Argentina. Es decir, nos interesa comprobar si en materia de litigio en salud son mayormente las clases medias y altas las que tienen acceso a la justicia, mediante acciones individuales y si el objeto solicitado son prestaciones costosas que los jueces y juezas otorgan sin mayores contemplaciones presupuestarias. Nuestra primera respuesta, a la luz del análisis de los casos de litigio por salud en la Provincia de Buenos Aires, es que debemos tener ciertas reservas antes de sacar conclusiones.

En primer lugar, respecto del objeto de las demandas. En la mayor parte de los casos no se plantean cuestiones jurídicas complejas o se solicitan tratamientos infrecuentes. Son casos sencillos, donde el incumplimiento del demandado es claro. En estos casos la obligación de hacer positiva es impostergable. Si el obligado no cumple, no sólo impide el ejercicio efectivo del derecho a la salud sino también el derecho a la subsistencia misma de la persona.

En segundo lugar, y también ligado al objeto de las demandas, hemos visto que las mismas no siguen exclusivamente un patrón individualista. En muchos casos los planteos de salud vienen de la mano de problemas estructurales tales como la contaminación de suelos, agua o el estado de los hospitales provinciales. Posiblemente no sean la mayoría, pero su existencia y variedad nos obligan a complejizar nuestros diagnósticos.

⁴¹ Por ejemplo en: “Torres, Leonardo E.”, Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 02/04/2004; “Álvarez, Cristian A. c/Ministerio de Salud”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata, 20/02/2004; “E., C. E. c/Provincia de Buenos Aires y otros”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata, 11/10/2005.

Una tercera conclusión a la que podemos llegar proviene del análisis del perfil de los demandantes. Hemos dicho que la mayor parte de los casos involucran a I.O.M.A. y que esos actores no pertenecen a sectores acomodados de la sociedad. En muchos de los casos aparecen también, de la mano de defensores oficiales, personas de los sectores más excluidos que demandando directamente a la provincia solicitan no sólo un acceso a salud en un sentido restringido, sino también en un sentido amplio, que contemple las condiciones sociales que lo hace posible como vivienda digna, una buena alimentación o el acceso a educación.

Con todo, estas conclusiones no implican que en el ámbito provincial no encontremos casos en los que personas de clase media o alta reclaman contra una empresa de medicina prepaga para acceder a algún tratamiento de alta complejidad que la prestadora no quiere cubrir. O de jueces y juezas que accedan a cualquier reclamo sin importar su impacto en el presupuesto estatal. Estos casos existen, pero no son la regla ni la mayoría de los litigios en salud de la provincia de Buenos Aires.

Es por eso que matizamos la tesis del efecto distorsivo para este estudio local y aventuramos algunas hipótesis sobre los factores que podrían colaborar en que esta tesis no se cumpla plenamente en Buenos Aires. Una primera hipótesis se vincula con el acceso a la justicia en la provincia. Evidentemente las defensorías letradas públicas y el defensor de pueblo cumplen un rol importante en determinados casos en los que el demandante no hubiera podido llegar de otra manera a realizar un planteo judicial (Ronconi, 2012)⁴². Este acceso a la justicia es sin duda aún insuficiente y requiere ser ampliado con mayor cantidad de demandas que incorporen la mirada estructural o de derecho público.

Una segunda hipótesis habla de una tradición jurisprudencial de larga data respecto del derecho a la salud en Argentina. Ya desde los años noventa y aún en medio de un programa de ajuste estructural del Estado, la CSJN avanzó en consolidar una línea muy clara de garantía del derecho a la salud que establece que si la omisión o acción insuficiente del Estado afecta la subsistencia de la persona, entonces se está claramente frente a una violación al derecho a la salud (Arango, 2005)⁴³. Este razonamiento conforma una línea jurisprudencial de la CSJN que empieza con el caso “Campodónico”⁴⁴, y se consolida con matices con “Orlando”,⁴⁵

⁴² Cuando se amplía el acceso a la justicia a través de gratuidad del patrocinio jurídico sea por medio de asesores tutelares o defensores públicos, se vislumbra en el perfil del litigante la inclusión de población en situación de vulnerabilidad y de casos colectivos.

⁴³ Ver sobre la jurisprudencia de la CSJN de Argentina Clérico, Aldao y De Fazio, 2015.

⁴⁴ CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina”, 24/10/00.

⁴⁵ CSJN, “Orlando, Susana Beatriz c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo”, 24/05/2005.

“Sánchez”,⁴⁶ “Passero”,⁴⁷ “Floreancing”,⁴⁸ “Reyes Aguilera”⁴⁹ y que vemos reflejada en la jurisprudencia analizada de los tribunales de la provincia.

Es cierto que las sentencias de la CSJN no han llegado aún a cuestionar cuestiones estructurales del sistema de salud argentino (Gotlieb, Yavich, Báscolo, 2016; Clérico, 2010). No existen casos en los que se discuta o problematice la existencia de los tres subsistemas de prestación o la inequidad reforzada por la variable federal y la distribución de fondos a las provincias. Posiblemente tampoco sea actualmente un reclamo que la sociedad esté dispuesta a plantear. Pero también es cierto que aún con las reservas que pueda generarnos la tesis del efecto distorsivo, en muchos casos el litigio es la única vía que tienen algunos individuos y grupos para hacer valer su voz en sus reclamos por el acceso a la salud.

Finalmente, cabe una conclusión metodológica respecto del análisis de los efectos del litigio en salud que se vienen llevando a cabo en nuestra región. Al menos en países como Argentina, con un sistema federalizado de salud, el análisis del litigio en salud en tribunales superiores o a nivel nacional necesita complementarse con una mirada local. Muchas veces las variables locales –en lo que respecta a acceso a la justicia, sistema de salud, sistema de empleo público, etc.- determinan que estos resultados sean diferentes o más complejos que los resultados a nivel nacional o regional.

Bibliografía

Abramovich, V., Pautassi, L. (2008) “El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud colectiva*, 4 (3) pp. 261-282.

Arango, R. (2005) *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Ed. Legis.

Arballo, G. (2013) “Localizando el derecho a la salud”, en: Clérico, L., Aldao, M. y Ronconi, L., (edis) *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires: Abeledo Perrot; p.1621-1652.

Báscolo, E. (2004) *Los seguros públicos de salud como estrategia de reforma del sector público en la Argentina. Seguro Público de Salud. Aportes para un Debate Abierto*, Rosario: Instituto de la Salud Juan Lazarte.

Bergallo, P. (2005) “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, SELA Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Paper 45.

⁴⁶ CSJN, “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ amparo”, 20/12/2005.

⁴⁷ CSJN, “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/Estado Nacional s/amparo”, 18/09/2007.

⁴⁸ CSJN, “Floreancing, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c. Estado Nacional”, 11/07/2006.

⁴⁹ CSJN, “Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, 04/09/2007.

Berlinguer, G. (2007) “Determinantes sociales de las enfermedades”, *Revista Cubana de Salud Pública*, 33 (1).

Cano, L. (2015) “El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia”, *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 33 (1), pp. 111-120.

Chiara, M., et. al. (2009) “Inequidad(es) en la atención de la salud en el gran Buenos Aires: Una mirada desde la gestión local”, *Postdata*, 14 (1), pp. 97-128.

Clérico, L. (2010) “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica de Palerm*, 11 (1), pp. 93-118.

Clérico, L.; Aldao, M.; De Fazio, F. (2015) “La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina”, *Gaceta Laboral*; Maracaibo, pp. 239-275.

Da Silva, A; Terrazas Vargas, F. (2011) “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?”, *Law & Social Inquiry*, 36 (4) p. 825 y ss.

Ferraz, O. L. (2011) “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, *Texas Law Review*, 89 (7) pp. 1643-68.

Gotlieb, V., Yavich, N. y Báscolo, E. (2016) “Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina”, *Cadernos de Saúde Pública*, 32 (1).

Krennerich, M. (2013) *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach/Ts:Wochenschau Verlag.

LAGO, F., et. al. (2012) “Descentralización y equidad: el gasto público en salud en los municipios de la provincia de Buenos Aires”, *Salud colectiva*, 8 (3), pp. 263-274.

Lago, F., et. al. (2013) “Equidad en el acceso a los servicios de Atención Primaria de Salud en sistemas de salud descentralizados: el caso de la provincia de Buenos Aires, Argentina”, *Rev. Gerenc. Polit. Salud*, 12 (25), pp. 40-54.

Lema Añón, C. (2009) *Salud, justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid: Dykinson.

Maceira, D. (2008) Evaluación del Programa de Seguro Público de Salud de la Provincia de Buenos Aires. CIPPEC; Disponible en: <http://www.danielmaceira.com.ar>.

Maceira, D. y Kremer, P. (2008) Evaluación de una experiencia de aseguramiento social en la Provincia de Buenos Aires: Impacto sobre el modelo de atención. Asociación Argentina de Economía Política; Disponible en: <http://www.cedes.org.ar/cgi-bin/wxis.exe/iah>.

Reveiz, L., et al. (2013) “Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, 33 (3) pp. 213–22.

Ronconi, L. (2012) “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, *Salud colectiva*, 8 (2), pp. 131-149.

Suárez Franco, A. (2009) *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Frankfurt am Main: Peter Lang..

Uprimny, R. y Durán, J. (2014) *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*, Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL.

Vieira, F. S., y Zucchi, P. (2007) “Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil”, *Revista de Saúde Pública*, 41(2), pp. 214-222. <https://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102007000200007>

Wang, D. y Motta Ferraz, O. (2013) “¿Llegar a los más necesitados? El acceso a la justicia y el papel de los abogados públicos en litigios en materia de derecho a la salud en la ciudad de São Paulo”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 10, N°18, diciembre de 2013, pp. 169-192.

Yamin, A., Parra, O. y Gianella, C. (2011) “Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An elusive promise?”, en: YAMIN, A., GLOPLEN, S., (eds). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge: Harvard University Press.

Yavich, N., et. al. (2013) “Evaluación del componente infantil del Seguro Público de salud de la Provincia de Buenos Aires”, *Salud Pública de México*; 55, (1), pp. 26-34.